

## La Corte decide di decidere ma non coglie la natura del ballottaggio

di Pasquale Pasquino  
(6 aprile 2017)

Tutte le decisioni della Corte costituzionale sono *politiche* poiché tutte incidono sulla vita della *polis*. Ma più di tutto lo sono quelle in materia di formule elettorali. Le motivazioni della sent. 35/2017 impongono un'attenta disamina. E' quanto mi propongo di fare, limitatamente però ad un solo aspetto, che mi pare decisivo: la dichiarazione di incostituzionalità del secondo turno o ballottaggio, quale prospettato dalla legge n. 52 del 2015, unitamente agli *effetti concreti* della sentenza sulla vita e la realtà politica del paese.

Con una premessa. Quando la Cassazione, in virtù di una lunga e ampiamente motivata ordinanza, pose alla attenzione della Corte la legge Calderoli, la maggior parte della dottrina, si espresse contro l'ammissibilità della questione incidentale: essa non rientrava nel modello di controllo concreto stabilito dalla legge 87 del 1953. Una minoranza però era convinta che la Consulta avrebbe invece deciso di decidere dichiarando ammissibile la questione, per il semplice motivo che dove esiste un vuoto di esercizio di autorità, non è verosimile che quello spazio resti a lungo inoccupato, indipendentemente dal dettato della legge. In quella fase il Parlamento, pur deprecando o facendo finta di deprecare la legge elettorale vigente, non sembrava avere alcuna possibilità di raggiungere un accordo su una legge diversa. E la Corte, decidendo di decidere, ha re-introdotto nell'ordinamento, in virtù della necessaria normativa di risulta, un sistema proporzionale, pur con soglie di sbarramento diverse fra le due Camere.

Non ci si deve stupire perciò se nella rinnovata fase di immobilismo parlamentare, originata dalla bocciatura del referendum costituzionale del 4 dicembre 2016 (che lasciava al paese il suo singolare bicameralismo ripetitivo), la Corte è tornata a pronunciarsi, bocciando l'elemento decisivo della nuova legge elettorale n. 52 del 2015, che il Parlamento era riuscito con fatica ad approvare per porre rimedio sia alla cancellazione delle parti maggioritarie della legge Calderoli sia alla normativa di risulta della 1/2014. Il risultato del referendum infatti aveva menomato la legge del 2015, e il Parlamento sarebbe dovuto intervenire a sanare la differenza fra la legge elettorale della Camera e quella di risulta frutto della sentenza 1/2014 relativa al Senato. Invece esso ha atteso passivamente la decisione della Corte, la quale non ha esitato a ritenere necessario auto-attribuirsi quel controllo *ex ante*, su una legge ancora mai applicata, che proprio la riforma bocciata avrebbe introdotto in costituzione.

Prima di discutere le ragioni addotte dalla Corte per cancellare il ballottaggio, osservo che le due sentenze nn. 1/2014 e 35/2017, segnano inequivocabilmente l'estendersi del campo di intervento della Corte a partire da *fictiones litis* e da azioni di accertamento, di fatto trasformando il modello italiano del ricorso incidentale; si tratta di un'estensione che rischia di far approdare il controllo sulla legge su lidi ignoti, perfino al di là del "ricorso diretto" tedesco, che presuppone in generale l'esaurimento dei rimedi giudiziari prima che si possa portare la legge dinanzi alla Corte di Karlsruhe (pur definita l'*entgrenzte Gericht*, il tribunale senza confini, v. *Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius, Christoph Möllers, Christoph Schönberger, Berlino, 2011). E anche se è inevitabile che la giustizia costituzionale estenda il suo sindacato su *tutte* le leggi che minaccino di rompere il patto fra cittadini e stato (cioè la costituzione), la tendenza verso la trasformazione dello stato di diritto costituzionale in uno *Justizstaat* rischia di dar luogo a una deformazione del carattere poliarchico della democrazia rappresentativa, pericolosa per la Corte stessa. C'è il rischio in prospettiva di contraccolpi da parte degli organi elettivi: perciò la moderazione della Corte, oltre ad essere una virtù in sé, sarebbe una forma necessaria di autotutela

preventiva.

Ma veniamo alla sostanza della sent. 35. Non prima di chiedersi cosa sia una legge elettorale e quale la sua funzione in una democrazia costituzionale specie se di forma parlamentare. Si tratta di un meccanismo di aggregazione volto a creare *sia* una rappresentazione in scala della pluralità di concezioni e di interessi, inerenti al corpo sociale *sia* organi di governo, in grado di esercitare autorità legittima nei confronti dei cittadini e sotto il controllo di questi attraverso le elezioni. Queste ultime producono in un sistema democratico, al tempo stesso, rappresentanti (Parlamento), governo (esecutivo) e legittimità delle norme da essi prodotte (se compatibili con la costituzione).

Ciò premesso, quale standard o parametro ha adoperato la Consulta per dichiarare incompatibile con la Costituzione il ballottaggio della legge elettorale sottoposta al suo scrutinio? Non una norma della Costituzione (invocata peraltro dalle ordinanze di remissione), ma il principio o criterio, meno univoco, al quale essa fa spesso ricorso, di "ragionevolezza". Alla luce di questo parametro bisogna capire in che senso il ballottaggio sarebbe irragionevole o disciplinato in modo irragionevole (e perciò incostituzionale).

Ora l'argomento centrale addotto dalla sentenza 35/2017 contro il ballottaggio, quale previsto dalla legge 52 del 2015, è tratto direttamente dalla sent. 1/2014. Questa aveva negato la legittimità di un premio di maggioranza assegnato alla *lista* o *coalizione* giunta in testa alle elezioni, nel caso in cui questa avesse ottenuto un numero di voti troppo esiguo (senza precisare una percentuale minima). Secondo la sent. 35, la soglia del 40%+1 dei voti assegnati ad una sola *lista* rappresenterebbe una soglia tale da rendere legittimo un premio di maggioranza potenzialmente in grado di garantire la governabilità (col che intendo un governo sufficientemente stabile e responsabile, senza di che una comunità politica è più vicina a una condizione di anarchia che a uno stato di diritto).

Si noti che si tratta in effetti di un livello di consensi – oggi nelle attuali democrazie – straordinariamente alto. Per questo la legge n. 52 del 2015, si preoccupava, in via subordinata, di disciplinare il caso (tanto più realistico col presente formato del sistema partitico italiano), che nessuna lista fosse in grado di raggiungere tale soglia, introducendo (ad evitare l'ingovernabilità) un secondo turno, di ballottaggio, al quale avrebbero avuto accesso le due liste che avessero ottenuto il maggior numero di voti al primo turno.

Ma qui la Corte ragiona come se il ballottaggio fosse un secondo primo turno più che la necessaria integrazione del primo, e sembra considerare la lista vincitrice non già l'espressione di una maggioranza di almeno 50%+1 di tutti gli elettori, bensì la semplice meccanica amplificazione dei voti dati al primo turno ad una minoranza, come era il caso del premio previsto dalla legge Calderoli censurata nel 2014. Questa amplificazione sarebbe prodotta, in questo caso, dall'esclusione dal ballottaggio di tutte le liste tranne le prime due. Tuttavia, con la legge Calderoli, il premio veniva assegnato ad una minoranza, *senza* che il corpo elettorale fosse chiamato ad esprimersi ulteriormente; col ballottaggio previsto dalla legge 52 cancellato dalla sentenza, il premio di maggioranza sarebbe stato assegnato grazie ad una apposita consultazione popolare (meccanismo che alla Corte sembra irragionevole).

Intanto la Corte sembra trascurare del tutto che la formula bocciata aveva un vantaggio importante rispetto ai sistemi maggioritari a turno unico (incluse le leggi Mattarella, almeno nella parte dei  $\frac{3}{4}$  dei collegi uninominali): nei sistemi caratterizzati dalla regola *first past the post*, i voti che non vanno al candidato arrivato in testa al collegio – sia anche per un voto, hanno un valore eguale a zero (non contano per la selezione dei rappresentanti). Ragionando in astratto (come fa la Corte), con la Mattarella, il 75% dei seggi di ciascuna Camera avrebbero potuto andare anche tutti allo stesso partito (come accadde in un paio di regioni). Invece una tale distribuzione dei seggi non sarebbe stata possibile con la legge 52, poiché quasi metà dei seggi (275, il 45%) sarebbero stati assegnati con riparto proporzionale a tutti i partiti perdenti, con una soglia di sbarramento

bassa: il 3%. In altre parole, la legge bocciata avrebbe *comunque* garantito un'ampia rappresentanza del pluralismo politico della società italiana alla Camera. Beninteso questo ragionamento vale salvo non si pretenda, come fanno taluni fautori del sistema proporzionale, che il pluralismo debba essere rappresentato non solo in seno al Parlamento, ma anche in seno al governo: quasi che solo governi di coalizione siano compatibili con lo stato costituzionale; quasi che democrazie come quella britannica, non siano accettabili (come con una certa arroganza ha sostenuto la Corte costituzionale tedesca nella sentenza sul Trattato di Lisbona); quasi che pluralismo politico significhi per forza democrazia consociativa.

Il punto di fondo che è sembrato sfuggire alla Corte, è che il secondo turno, nel caso della legge esaminata, non è una ripetizione del primo. Mentre il primo produce rappresentatività, il secondo produce governabilità e responsabilità chiara dell'esecutivo di fronte al corpo elettorale. In particolare, il secondo turno si caratterizza per due aspetti fondamentali che è difficile far valere in un voto a turno unico. Innanzitutto, esso fa appello a quello che la scienza politica consolidata definisce come la *seconda preferenza* degli elettori. Giustificati nel far valere un voto "espressivo" al primo turno (ciascuno vota per il partito, grande medio o piccolo che preferisce, più vicino alle proprie posizioni), al secondo turno gli stessi elettori sono chiamati a scegliere fra due liste (non fra due partiti, v. avanti) quella che considerano più vicina alle (o meno lontana dalle) loro posizioni. Questa logica spinge le due liste in ballottaggio a concessioni nei confronti dei potenziali elettori, a partire da quelli che al primo turno hanno votato per liste escluse dal ballottaggio. Nessuna delle due liste può sperare di vincere la maggioranza dei voti se resta sulle proprie posizioni di partenza: esse devono allargare la loro proposta al fine di ottenere il voto (ecco la *seconda preferenza*) degli elettori che non avevano votato per loro al primo turno; devono proporre un programma e una piattaforma di governo più inclusivi ed accoglienti. Inoltre, il secondo turno ha il vantaggio di permettere una deliberazione supplementare (lo osserva Bernard Manin). Così gli elettori nel loro complesso daranno il voto a quello fra i contendenti presenti al ballottaggio che è in grado di accogliere in misura più ampia anche le richieste di coloro i cui partiti o liste non sono più presenti sulla scheda.

E' questa logica che sfugge alla Corte, a me pare. Insisto: gli elettori che danno il loro voto ad una delle due liste in competizione al ballottaggio non coincidono semplicemente con quegli stessi elettori che avevano votato la medesima lista al primo turno, ma rappresentano un insieme più ampio di aventi diritto al voto, persuasi dalla campagna che precede il secondo turno a scegliere l'una piuttosto che l'altra lista in competizione, sulla base delle loro libere preferenze. Ciò non accade nel caso del turno unico maggioritario, dove se non vince un solo partito, il compromesso dovrà farsi in Parlamento fra i partiti che ottengono rappresentanti, escludendo il corpo elettorale dal processo che deve condurre a formare una coalizione di governo. Certo: in linea di principio, la Corte non ha escluso *ogni forma* di ballottaggio o di secondo turno. Ma non sembra essersi resa conto del fatto che il secondo turno, col ballottaggio, attribuisce al voto popolare una importante potere di scelta (*forse il più importante*).

Non basta: il ballottaggio previsto fra "liste", almeno potenzialmente, avrebbe potuto permettere anche *liste di più partiti*, con trasformazione del ballottaggio in scelta fra due *coalizioni* potenziali, altra circostanza sfuggita alla Corte. Certo i sistemi elettorali sono algoritmi complessi e difficili da valutare. Ciò non assolve la base argomentativa fatta propria dalla Corte per cancellare il ballottaggio in assenza di una espressa base costituzionale.

I giudici hanno ripetuto nelle motivazioni che essi non stavano imponendo al Parlamento alcuna legge elettorale. Ma nel contesto attuale a null'altro poteva equivalere il decidere di decidere sulla mai applicata legge 52 del 2015. È un fatto che, dalla pubblicazione della sent. 35, una nuova disciplina per eleggere le due camere esiste, ed è quella scritta dalle due sentenze della Corte.

La sentenza che per la Camera impone un sistema proporzionale in assenza di una lista che raggiunga un del tutto improbabile 40%+1 dei voti validi, ha già prodotto i suoi effetti: essa induce il sistema dei partiti a un'ulteriore frammentazione. Con essa non vince nessuno, ma c'è spazio per tutti.

La Corte, se, come si vorrebbe sperare, segue le vicende politico partitiche del paese, non poteva non sapere che questo Parlamento è con ogni verosimiglianza incapace di darsi una legge elettorale diversa da un sistema proporzionale, riportando il paese all'epoca prima delle leggi Mattarella. La Corte non poteva non sapere che il sistema frutto delle sue decisioni produceva il rischio di avere rappresentanza ma non governo. E un parlamento senza maggioranza, è una rappresentanza impotente, nei regimi parlamentari.

Qualcuno (Valerio Onida per esempio) ha sostenuto la tesi secondo la quale il maggioritario, e in particolare il doppio turno, servono solo se c'è un sistema bipolare. In realtà se il sistema è bipolare *qualsiasi* legge elettorale produce governo. È invece proprio quando un paese è diviso in tre o più parti, difficilmente in grado di formare (e sostenere) una coalizione di governo, che il sistema elettorale deve funzionare da strumento per impedire la paralisi (tipo quelle prodotte da sistemi proporzionali a Weimar e ora in Spagna: dove però la sfiducia costruttiva permette al governo di sopravvivere anche senza maggioranza).

Una Corte, certo, potrebbe, come il Pilato della leggenda, lavarsene le mani. Ma sarebbe allora una Corte "impolitica" nel senso peggiore del termine – una Corte fuori del mondo. Forse i giudici della Consulta hanno fatto la loro scelta per motivi diversi. Ma questi nelle motivazioni della sentenza non ci sono, e non possono essere oggetto di questa nota.